

LOS PRIMEROS VEINTE AÑOS DE LA CIENCIA ESPAÑOLA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Por RAMÓN PUNSET

1. A finales de 1998, justo al cumplirse el vigésimo aniversario de nuestra actual Constitución, aparecieron publicados los *Estudios de Derecho Constitucional* del profesor Manuel Aragón Reyes (1). El libro no es una mera recopilación de trabajos dispersos, a la que sólo su yuxtaposición otorgara una aparente unidad. Todos ellos, como el autor declara en una *Introducción* significativa y deliberadamente titulada *Constitución y Derecho Constitucional*, abordan «aspectos centrales del Derecho Constitucional», de modo que la obra ofrece, en su conjunto, «un tratamiento sistemático de lo que podría llamarse las bases constitucionales de nuestro Estado». Sistemática que se evidencia ya en las tres grandes rúbricas que estructuran la extensa compilación: 1) estudios sobre la elaboración y contenido de la Constitución; 2) estudios sobre su eficacia jurídica; 3) y estudios sobre la organización constitucional del Estado.

2. Como los trabajos aquí reunidos comprenden, desde sus inicios, todas las etapas del veintenio constitucional, la obra que el profesor Aragón nos ofrece viene a espejear —por utilizar una paráfrasis stendhaliana— el camino de la progresiva formación de la Ciencia española del Derecho Constitucional, de la que Aragón es uno de sus más eminentes representantes. Por tanto, aun siendo una obra temáticamente unitaria, es también una obra evolutiva, en la que se analizan, una tras otra, las cuestiones de mayor relieve que en estas dos décadas han debido ir estudiando nuestros constitucionalistas. Ese proceso formativo, de otro lado, resulta a la vez coetáneo y tributario de la consideración normativa de la Constitución de 1978 por parte de la comunidad de los juristas y de su universal aplicabilidad jurisdiccional. *Nulla scientia iuris sine norma*, ciertamente, así que la normatividad constitucional es el *prius* lógico del que ha partido el Derecho Constitucional como ciencia.

(1) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, 440 páginas.

3. En la *Introducción* citada, proclama Manuel Aragón las deudas doctrinales contraídas. «Uno de los principales logros de estos veinte años —escribe—, es la creación (casi de la nada) de una doctrina española del Derecho Constitucional, o dicho con otras palabras, de un Derecho Constitucional como disciplina jurídica que ha sido capaz de sostener, incitar y criticar la aplicación de la Constitución. En esta labor de creación de nuestro moderno Derecho Constitucional debemos mucho a la obra pionera desarrollada por destacados profesores españoles (en lo que me concierne debo destacar mi deuda con Manuel García-Pelayo, Eduardo García de Enterría y, sobre todo, Francisco Rubio Llorente), pero también a la saludable e importante influencia que entre nosotros ha tenido, y sigue teniendo, el Derecho Constitucional extranjero, especialmente el alemán y el italiano» (págs. 13-14).

Tales reconocimientos de deuda pueden ser fácilmente compartidos por todos cuantos —tras un Doctorado llevado a cabo en los años setenta dentro del ámbito pluridisciplinar del viejo Derecho Político— emprendimos, como Aragón, una tarea de dos decenios completamente distinta y totalmente novedosa en España (dada la corta vigencia del texto constitucional de 1931): la construcción de un sistema conceptual idóneo para poner en práctica una Constitución democrática y normativa. Ese sistema, al igual que muchas de las soluciones institucionales adoptadas por la Constitución misma, lo importamos en buena medida de Alemania e Italia, cuya abundosa y fecunda doctrina jurídico-constitucional resultó de inapreciable valor en nuestro empeño. Hoy los constitucionalistas españoles seguimos acudiendo regularmente a tan provechosas fuentes doctrinales, pero desde hace algún tiempo aportamos también al debate permanente de la Ciencia constitucionalista europea la originalidad de nuestros propios enfoques, y no sólo en el ámbito del estudio de la forma territorial del Estado.

4. Lo que el profesor Aragón nos propone en su libro es la oportunidad de asistir a la creación del sistema dogmático que sirve de soporte a la Constitución de 1978. El *corpus* doctrinal que estas páginas encierran contiene, pues, junto a las contribuciones específicas del autor, el paradigma de las conclusiones progresivamente alcanzadas por la comunidad de los constitucionalistas. No es posible, desde luego, dar cuenta aquí de la considerable variedad de problemas que Aragón aborda en los veinte trabajos que integran su compilación. Puedo señalar, eso sí, que Manuel Aragón escribe con apasionamiento y que cada párrafo es, muy a menudo, una tesis ardientemente defendida. Elegiré, pues, para anotarlas críticamente en esta reseña, aquellas que me suscitan mayor interés, empezando, como es lógico, por la que se refiere al concepto mismo de Constitución.

Al igual que sus acreedores doctrinales, Aragón tiene una idea liberal (o liberal-democrática) de la Constitución. No es Constitución, a su juicio, cualquier norma fundamental, sino sólo aquella que garantiza las libertades de los individuos y limita las competencias estatales. Esta concepción, que así expresada evoca sin más la bella formulación del artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789, se desarrolla y matiza en uno de los ensayos con mayor vocación de originalidad de toda la obra, el que lleva por título *Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad*

constitucional. En él afirma su autor que las garantías y límites mencionados resultan inherentes al concepto de suprallegalidad constitucional, «pues ésta no es consecuencia únicamente del carácter formal de la Constitución (procedencia de una fuente superior a la del Derecho ordinario), sino que más bien se trata de una exigencia debida a su especial sentido material, a su concreto contenido político, o si se quiere, a la pretensión de legitimidad que encarna. Si acudiéramos a la distinción de Jellinek entre Constitución formal y Constitución material, podría decirse, sostiene Aragón, que el carácter formal de la Constitución es consecuencia de su significado material» (pág. 99).

Ahora bien, este entendimiento conceptual de la Constitución cabría reputarse de ideológico si tuviera por finalidad establecer una tipología de «verdaderas» o «falsas» Constituciones en razón de su vinculación o no con la organización de la libertad. Me parece, sin embargo, que en Aragón no se trata de eso. La conexión, no meramente histórica, sino esencial, entre Constitución y garantía de la libertad a lo que le lleva no es simplemente a la defensa de un cierto orden político-institucional (el orden liberal-democrático). Lo que pretende consiste, ni más ni menos, en construir un auténtico Derecho Constitucional. Y tal construcción resulta inseparable de la normatividad de la Constitución, a su vez únicamente realizable de forma plena en la Constitución del Estado democrático de Derecho.

Aragón, en efecto, constata, mediante la observación de los procesos históricos del constitucionalismo revolucionario americano y europeo (véase el estudio *Constitución y derechos fundamentales*), que «la limitación material del poder aparece... como el núcleo o parte esencial de la Constitución. Las demás limitaciones, temporales o funcionales (división de poderes), son un complemento de aquella, están, por decirlo así, al servicio de la principal y genuina limitación: la limitación material» (pág. 148). Y «era ese concepto originario o genuino de Constitución, basado esencialmente en la limitación material del poder, el que comportaba, como exigencia lógica, el carácter jurídico, esto es, eficaz, aplicable, de la norma constitucional» (pág. 149).

Claro está que tal «exigencia lógica» no se cumpliría en la experiencia europea, por complejos motivos históricos, hasta mucho tiempo después, ya bien avanzado el presente siglo. Puede afirmarse, por tanto, que la historia del constitucionalismo europeo testimonia la coexistencia de Constituciones garantistas de la libertad con la ausencia de una verdadera ciencia del Derecho Constitucional, que únicamente resulta susceptible de desarrollarse allí donde la Constitución es la norma jurídica suprema, aplicable por todos los poderes públicos y muy especialmente por los órganos judiciales, pues ninguna rama de la ciencia jurídica ha de merecer tal nombre sin una praxis aplicativa con la que establecer una constante interacción argumental. En el siglo XIX europeo, por el contrario, la normatividad de las reglas constitucionales sustantivas se halla garantizada tan sólo por una organización de los poderes típica del principio de soberanía nacional o, en las monarquías constitucionales, por el instituto de la reserva de ley. No hay, en suma, limitaciones materiales vinculantes para el legislador.

Pero la experiencia histórica demuestra igualmente que, así como puede haber Constitución sin Derecho Constitucional —en aquellos supuestos en que, como diría Ignacio de Otto, «no tienen Constitución Estados que son constitucionales» (2)—, únicamente en los Estados liberal-democráticos puede articularse la Constitución como norma suprema, ya que sólo en ellos se alcanza la sujeción de los poderes públicos que la supremacía constitucional demanda. Dicho lisa y llanamente: ningún otro tipo de Estado es compatible con la normatividad de la Constitución.

5. En los trabajos titulados *Constitución y derechos fundamentales* y *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*, Aragón estudia otra cuestión capital: la relación entre Constitución, ley e interpretación judicial. El primero de ellos concluye con un pronunciamiento en favor de que el Estado constitucional se asiente en un sistema de equilibrios. «No se trata ya sólo —dice Manuel Aragón— de un equilibrio de poderes, sino también entre valores, entre democracia sustantiva y democracia procedimental, entre igualdad y libertad, entre derechos sociales y derechos individuales. Y en el plano más concreto de las técnicas jurídicas de regulación de los derechos, se impone igualmente un equilibrio... entre Constitución, legislación y jurisdicción... El poder judicial amparará más eficazmente los derechos de los ciudadanos en la medida en que no se salga de la función jurisdiccional y no política que le es propia» (pág. 161). Este ponderado criterio anticipa la visión crítica con que en el segundo de los trabajos mencionados contempla Aragón la propugnación por Zagrebelsky (3) de una autonomía judicial desmesurada, que acaba por concebir a los jueces como órganos más del Derecho (natural, por tanto) que del Estado. Aragón subraya aquí con acierto «la profunda capacidad deslegitimadora del Parlamento y, más en general, de la democracia representativa que pueden tener las argumentaciones de este tipo» (pág. 171), «por otra parte ya suficientemente conocidas y repetidas desde hace muchos decenios», añade no sin un punto de justificada acrimonia.

Seguidamente, y en la misma línea de preocupaciones, advierte Aragón de «las dificultades que presenta conciliar en el plano de la práctica la doble vinculación de los jueces a la Constitución y a la ley. El mandato de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con una Constitución que contiene principios y valores puede llevar (...) a que los jueces se desliguen de la ley por entenderse más ligados a la Constitución y, sin acudir siquiera al planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional, inapliquen la ley y en su lugar apliquen no ya reglas o principios

(2) No es una paradoja al estilo de las de Lewis Carroll. DE OTTO se refiere a aquellos Estados cuya «estructura y funcionamiento obedecen a las exigencias del constitucionalismo como movimiento político, pero en los cuales no se utiliza la técnica concreta de establecer una norma suprema con la que quepa enjuiciar tanto la legislación como cualquier otra función del Estado» (*Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1993, pág. 15).

(3) En su obra *Il diritto mite*, Einaudi, Turín, 1992, típico ejemplo de las corrientes doctrinales de la Constitución material, relativizadoras y hasta destructoras de la juridicidad constitucional, o sea, de la única Constitución existente, que es la Constitución en sentido formal o jurídico-positiva.

constitucionales, sino valores constitucionales o incluso valores que a veces ni siquiera están directamente expresados, como tales, en el texto de la propia Constitución» (págs. 171-172). Aragón alude asimismo, más en general, al fenómeno del «deslizamiento, prácticamente inevitable, de la democracia constitucional del presente... hacia su configuración como una forma mixta de gobierno en la que la democracia de la ley se encuentre corregida por la aristocracia de los jueces». Frente a lo cual propone, de un lado, «la utilización de la teoría jurídica y no de la filosofía moral en la aplicación de la Constitución o, en suma,... potenciar el normativismo y reducir la jurisprudencia de valores». También aboga por la reducción del «número de aristócratas», circunscribiendo la disposición sobre la ley estrictamente al Tribunal Constitucional y conservando, pues, rigurosamente el modelo europeo de control de constitucionalidad (págs. 176-177), así como la supremacía hermenéutica de la Constitución por parte de aquel Tribunal, lo que implica la atribución al mismo del conocimiento de los recursos de amparo (pág. 180). Quizá no sea preciso que tales recursos se extiendan al ámbito de todos los derechos fundamentales (a fin de evitar la sobrecarga de trabajo del TC que se observa en España y Alemania), «pero sí que al menos exista para un derecho y con un determinado sentido: el derecho a la tutela judicial efectiva, que se entendería vulnerado cuando los jueces aplicasen el Derecho de manera inconstitucional (por contradicción con sus normas materiales o estructurales, entre ellas la que los somete a la ley y les veda inaplicarla por razón de validez)». Por último, «el problema de la vinculación de los jueces a la ley —afirma el profesor Aragón— acaba siendo un problema de jurisdicción y así debe ser abordado. En el fondo, de lo que se trata, entonces (...), es de poner de manifiesto la estrecha conexión entre las dos jurisdicciones (que ya no puede considerárselas separadamente como de “constitucionalidad” y de “legalidad”) y la muy especial función que, en consecuencia, el Tribunal Constitucional ha de desempeñar, no sólo como monopolizador de la apreciación de la inconstitucionalidad de la ley, sino también como supremo Tribunal de la interpretación “constitucional” de todo el ordenamiento, lo que quiere decir guardián último de su unidad (...)). En realidad, «Tribunal Supremo, en el sentido más estricto de la palabra, ni hay ni debe haber más que uno, lo que ocurre es que no es el que así se llama en la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino el que así es designado en el artículo primero de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional» (págs. 189-190).

Cuanto, de forma apretada, se acaba de extractar refleja uno de los debates más relevantes de los constitucionalistas españoles y europeos, siempre preocupados por la difícil conciliación entre Estado de Derecho (en su vertiente de Estado jurisdiccional) y Estado democrático (en su vertiente de Estado de orientación política de origen popular). Aunque en lo sustancial comparto el pensamiento de Manuel Aragón acerca de estas cuestiones, terciaré brevemente en la discusión aportando algunas precisiones y matices.

A) Lo primero que deseo destacar es la licencia que Aragón se permite al referirse a una forma *mixta* de gobierno, la integrada por la *democracia* de la ley y la *aristocracia* judicial. A dicha licencia recurre en dos ocasiones. En la segunda de

ellas, Aragón alude a la existencia de «un problema de poder, es decir, un problema político-constitucional». El «papel, relevante, de los jueces en la vida del Derecho y en la “adaptación” de la ley (e incluso, cuando se trata de jueces constitucionales, en la creación de la ley, en cuanto legisladores negativos y también positivos, y para algunos incluso en la “creación” de la Constitución), nos conduce a plantearnos necesariamente la tensión que ello introduce en la democracia. Es muy probable... que en los ordenamientos del presente, y por esos motivos, no estemos en presencia de una forma pura de democracia, sino de una forma mixta, en la que la democracia de la ley se encuentre corregida o templada por la aristocracia de los jueces» (pág. 186).

Esta visión de la forma de gobierno desde la antigua perspectiva de la doctrina clásica del *status mixtus* o de la teoría de los regímenes (el del Estado democrático de Derecho, ¿sería, pues, aquel en que, incluso con las tensiones referidas, vendrían a combinarse el gobierno de la mayoría y el de la virtud?) es, claro está, un recurso literario del profesor Aragón. De forma de gobierno mixta como una de las especies de Constitución (de Constitución, además, en el puro sentido, meramente descriptivo, sociopolítico del término) ya no cabe hablar desde la aparición de un tipo de organización política —el Estado liberal— que se asienta tanto sobre la idea de soberanía como sobre el principio de la división de poderes. Considero, sin embargo, sumamente atinado que Aragón plantee, aun con su lectura en clave aristotélica, el papel de los órganos jurisdiccionales en la tipificación de las formas de gobierno que es susceptible de revestir el Estado liberal-democrático. No resulta corriente, en efecto, que cuando nos ocupamos de la forma de gobierno —por consiguiente, de la forma de relación de los órganos constitucionales respecto de la creación primaria del Derecho— tratemos de otra cosa que de las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento o, a lo sumo, y sobre todo si estudiamos la evolución histórica de la forma de gobierno parlamentaria, del papel que en tales relaciones desempeña el Jefe del Estado.

Pues bien: es claro que también incide en la forma de gobierno un órgano jurisdiccional que, como el Tribunal Constitucional, se halla facultado para declarar la nulidad de las leyes y, a través de las llamadas sentencias interpretativas de rechazo, establecer el único significado constitucionalmente admisible de los varios que encierra un enunciado legal. Eso sin contar con la incidencia en la forma de gobierno de la interpretación del Tribunal sobre las normas constitucionales que la configuran o con la repercusión que la exégesis de la Constitución por el TC tiene en la libertad de creación normativa en toda suerte de materias.

La incidencia de la jurisdicción ordinaria en la forma de gobierno es menor, pero en absoluto desdeñable, pues no olvidemos que, sin necesidad de acudir al Tribunal Constitucional, puede entender derogadas por la Constitución las leyes anteriores a ésta que estime contradictorias con la misma, interpretar de conformidad con la Constitución las leyes y reglamentos y, por tanto, polarizar su sentido, inaplicar las leyes que considere contrarias a los tratados internacionales en vigor y al Derecho comunitario europeo e inaplicar o anular, según los casos, los reglamentos gu-

bernamentales, es decir, aquellas disposiciones dictadas por el órgano a quien la Constitución encomienda la dirección de la política.

B) La conservación del modelo europeo de control (concentrado) de la constitucionalidad de las leyes, como pretende Aragón, no ha de ofrecer duda. No ya para reducir el «número de aristócratas», pues la aplicación directa del texto constitucional por la generalidad de los órganos judiciales en toda suerte de procesos me parece un sistema más coherente con el carácter normativo de la Constitución, con su condición de fuente del Derecho. Tampoco se trata de mantener aquel modelo sólo a fin de respetar la tradición europea de desconfianza hacia la judicatura, a la que se quiere sometida estrictamente a la ley (y, en consecuencia, a la voluntad política de los Parlamentos democráticos), juzgando *secundum legem* y no *de legibus*. Sencillamente, el modelo europeo resulta más acorde con el principio de seguridad jurídica, ya que, al menos en relación con las leyes postconstitucionales, elimina los inconvenientes que para la efectividad de tal principio supone el carácter disperso de la jurisdicción ordinaria. Es verdad, no obstante, que dichos inconvenientes se intentan disminuir en el modelo difuso a través del precedente judicial (sobre todo del precedente vertical) y que la pluralidad de criterios jurisdiccionales puede reconducirse a unidad mediante el adecuado sistema de recursos. El riesgo, empero, persiste (4), y de ahí que en Italia la concentración del control abarque asimismo a las leyes anteriores a la Constitución y que en nuestro país el Tribunal Constitucional haya precisado su intervención respecto de las leyes preconstitucionales demandándola «para aquellos supuestos en que la persistencia de interpretaciones contrarias a la Constitución o la dispersión de criterios reclamen una solución de alcance general, con los efectos que disponen los arts. 38.1, 39.1 y 40.2 de la LOTC» (STC 14/1981, FJ 3.º).

C) Mas, de otra parte, en el Derecho español sucede que la concentración del control de constitucionalidad se limita, principalmente, al enjuiciamiento de las leyes y de las normas y actos a ellas equiparables por su fuerza o por su primariedad. Como he escrito en otro lugar, no hay, así, en nuestro ordenamiento identidad entre jurisdicción constitucional —cuya titularidad ostenta en exclusiva el Tribunal Constitucional— y justicia constitucional, que es igualmente dispensada por los Jueces y Tribunales ordinarios. En semejante circunstancia, ¿cómo asegurar la supremacía del Tribunal Constitucional en la interpretación de *toda* la Constitución y el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional? He aquí, encerrado en pocas palabras, un conjunto de problemas sumamente debatidos, tanto en sede doctrinal como institucional; debate al que he efectuado algunas aportaciones (5), sobre las que ahora no procede volver.

(4) Cfr. DE OTTO: ob. cit., págs. 81-82.

(5) Véanse los trabajos «Tribunal Constitucional y órganos judiciales en la tutela de la supremacía de la Constitución. Una perspectiva general», en RAMÓN PUNSET BLANCO y JESÚS SANTOS VIJANDE (dirs.): *Jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional*, Ed. Escuela Gallega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1996, págs. 13-33, y «Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes», en AA.VV.: *La sentencia sobre la constitu-*

Quisiera, no obstante, expresar mi coincidencia con la amplitud que Aragón parece otorgar al recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva como cauce para reaccionar frente a toda clase de infracciones de preceptos constitucionales. Y a ese respecto me gustaría insistir de nuevo (6) en mi opinión de que siempre que una decisión de un Juez o Tribunal conculca una norma de la Constitución infringe el derecho fundamental del justiciable afectado a la tutela judicial efectiva. Este derecho, según reiteradísima jurisprudencia del TC, comprende, entre otros, el de obtener una resolución jurídicamente fundada, cosa que obviamente no sería una decisión judicial contraria, en su pronunciamiento de fondo, a una norma constitucional. Como debe resultar evidente, el derecho que proclama el art. 24.1 CE no sólo incluye el de obtener una resolución fundada en las normas infraconstitucionales del ordenamiento, sino, ante todo, el de que la decisión jurisdiccional sea conforme con la Constitución: con todas y cada una de las normas de la misma —orgánico-procedimentales y sustantivas, cabe precisar—, pues la Constitución en su conjunto vincula a los Jueces y Tribunales (arts. 9.1 CE y 5.1 LOPJ).

La consecuencia de esta tesis es que el control de la resolución judicial por el TC en vía de amparo no resultaría ya de carácter meramente negativo; o sea, el Tribunal no limitaría su función a verificar que dicha resolución no es jurídicamente infundada, irrazonable o arbitraria, sin entrar a determinar su mayor o menor corrección técnica ni su justicia, por ser ello de la exclusiva competencia de los órganos judiciales (art. 117.1 y 3 CE). En los recursos de amparo basados en la simple vulneración del art. 24.1 CE ese carácter negativo del control se deriva del hecho de que el Tribunal Constitucional no es juez de la legalidad de las resoluciones dictadas por los órganos judiciales. Por el contrario, de conculcarse el art. 24.1 CE por infringirse otro precepto constitucional, la supremacía hermenéutica del Tribunal (arts. 123.1 CE y 1.1 LOTC) habría de llevarle a practicar un control positivo de la resolución recurrida, delimitando de forma vinculante el contenido y alcance de aquel precepto.

Lo anterior conduce derechamente a negar, frente a lo sostenido en la STC 114/1995, que el Tribunal Constitucional, «en algunos casos concretos, no puede pronunciarse por carecer de cauce para hacerlo, por lo que, en ellos, la última decisión sobre la interpretación de los preceptos constitucionales implicados la asume la jurisdicción ordinaria». No hay tal carencia si se acepta el criterio —por lo demás puramente lógico, dada la construcción jurisprudencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva— de que la vulneración por los Jueces y Tribunales de cualquier precepto de la Constitución entraña la del art. 24.1 de la misma. Criterio

cionalidad de la ley, Ed. del Tribunal Constitucional y del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, esp. págs. 85 y ss.

(6) Además de los trabajos citados en la nota anterior, véase mi comentario «El ámbito de la jurisdicción de amparo frente a resoluciones judiciales (STC 114/1995)», en RAMÓN PUNSET BLANCO y JUAN LUIS REQUEJO PAGES: «Crónica de jurisprudencia constitucional: las decisiones del Tribunal Constitucional español durante 1995», publicada en el *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 8 (1996), Murcia, 1997, págs. 233-240.

que, de otra parte, es el único capaz de garantizar en todos los supuestos —y sin mengua de la dimensión subjetiva del recurso de amparo— la supremacía interpretativa del TC, la cual viene exigida por la Constitución y por la LOTC y a la que cabe reputar de rasgo estructural de nuestro complejo sistema de justicia constitucional, en cuyo seno opera como elemento articulador que facilita la reconducción a unidad de la dispersión doctrinal inherente a la pluralidad de juzgadores *secundum Constitutionem*; pluralidad, en fin, requerida por la propia normatividad del texto constitucional.

6. Para no extenderme demasiado en la recensión de los *Estudios* de Manuel Aragón, elegiré cuatro que abordan cuestiones esenciales (cuando no incluso vitales) de nuestro Derecho Constitucional y mantienen tesis dignas de ser ampliamente debatidas, aunque aquí sólo podamos dedicarles una brevísima reseña y muy sucinta reflexión crítica.

El primero de tales estudios se titula *La reforma constitucional: procedimientos, límites y control*, y de él voy a destacar dos aspectos especialmente interesantes.

A) Aunque la Constitución, en sus arts. 62.a) y 91, «sólo se refiere a la sanción y promulgación de las leyes por el Rey, es claro —escribe Aragón— que a él también corresponde la promulgación de la reforma constitucional (por ser competencia propia de la Jefatura del Estado). La sanción resulta más discutible; parece claro que si no interviene el referéndum, puede ser perfectamente aceptable que el Rey sancione la reforma efectuada por el artículo 167 CE, y así se ha hecho en la reforma constitucional del 27 de agosto de 1992...; menos claro es que proceda la sanción regia si la reforma ha sido ratificada por referéndum, ya que entonces la intervención popular debe considerarse como el acto de voluntad último y definitivo sobre la reforma» (pág. 195). Pocas páginas después, y en relación con el referéndum constitucional previsto como de utilización forzosa en el método más agravado de reforma, reitera lo que acaba por ser, más que reserva, oposición firme a la sanción regia en dicha circunstancia. «No parece que aquí quepa..., ya que, como expresa la Constitución (art. 168.3), el texto se somete, mediante referéndum, a “ratificación” popular. Tal ratificación sustituye, aquí, a la sanción. Habida cuenta de la ausencia de límites materiales para la reforma por la vía del artículo 168 CE (expresamente se posibilita la revisión “total” de la Constitución), la expresión de la voluntad popular es la manifestación, en este caso, del “poder constituyente” juridificado (positivizado por la propia Constitución) y, por ello, es el pueblo (y sólo el pueblo, art. 1.2 CE) el que sanciona (en este caso de manera plena, es decir, pudiendo aceptar o rechazar) la reforma constitucional. Por otro lado —concluye su razonamiento el profesor Aragón—, esa fórmula (el Rey promulga un texto “ratificado” por el pueblo) fue exactamente la utilizada para la emanación de la Constitución (ratificada, de acuerdo con la Ley para la Reforma Política, por referéndum nacional obligatorio, en el que se expresó una voluntad claramente constituyente)» (pág. 198).

Mi parecer sobre este importante asunto difiere del expuesto por Aragón. Si la Constitución hubiera querido apartar al Jefe del Estado de la sanción de las normas de reforma constitucional en los casos que Aragón indica, así lo habría dispuesto ex-

presamente. De otro lado, ¿por qué suponer que el Rey carece de sanción y no de promulgación? Ambos son actos típicos —aunque de distinta naturaleza: legislativa uno y ejecutiva el otro— de nuestra Jefatura del Estado. La reforma de la Constitución, lleve o no el *nomen iuris* de «ley de reforma constitucional» (7), es un acto de naturaleza legislativa, de modo que la no referencia explícita a la sanción regia de la misma únicamente demuestra que el constituyente no ha considerado preciso diferenciar a este respecto su régimen del de las leyes ordinarias. Verdad es que el art. 91 CE dispone que la sanción ha de tener lugar en el plazo de quince días desde que las «leyes» han sido aprobadas «por las Cortes Generales». Ahora bien, en primer lugar, las normas de reforma constitucional no pueden ser más que «leyes», se denominen así o no. Y, en segundo lugar, el Rey también sanciona los proyectos de Estatuto de Autonomía o de reforma estatutaria previamente sometidos a referéndum, cuya celebración opera, pues, como *dies a quo* del cómputo del plazo mencionado en el citado art. 91 CE.

Aparte de esto, debe recordarse que en nuestro Derecho la sanción es un acto debidamente afirmativo. El Rey no puede negarse a sancionar una ley en ningún caso, bien haya sido aprobada con la intervención popular, bien con la sola participación del Congreso y del Senado. Ello no hace ocioso, sin embargo, el debate que suscita la tesis de Aragón, aunque el *royal assent* sea en nuestra Constitución, desde luego, un acto simbólico, vestigio histórico de la época de la Monarquía constitucional.

Añado a mi argumentación dos precisiones. Primera: la ausencia de límites materiales de la reforma constitucional por el método del art. 168 CE ni hace que el pueblo «sancione», mediante referéndum, dicha reforma, que únicamente cabe que «ratifique» o no (art. 168.3), ni ese pueblo es en absoluto aquel al que se refiere el art. 1.2 CE como titular de la soberanía nacional. Aquí la imposibilidad de la sanción real parece deducirla Aragón de una suerte de *plenitudo potestatis* del «pueblo», inherente a la ilimitación objetual de la revisión de la Constitución. Pero ese pueblo, aun participando (en régimen de concurrencia con otros órganos) en el ejercicio del poder constituyente constituido, no es más que un órgano del Estado: el cuerpo electoral nacional (8).

Segunda precisión: es muy cierto que la Constitución de 1978 no alude al hecho de haber sido sancionada por el Rey, empleándose en ella únicamente la usual fórmula de la promulgación, en cuya parte certificatoria se menciona la aprobación del texto por las Cortes y su ratificación por el pueblo español. Mas tal sanción, por supuesto, existió —no podía ser de otro modo, a tenor de los arts. 1.2 y 3.3 de la Ley para la Reforma Política— y se produjo en la solemne sesión conjunta de ambas Cá-

(7) Acerca de esto, véase en las págs. 201 y 214 el criterio de Aragón, coincidente con la práctica habida hasta el presente.

(8) Sobre esto me permito remitir al lector a mi artículo «En el Estado constitucional hay soberano (Reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional)», publicado en *Fundamentos*, núm. 1/1998, especialmente págs. 345-348.

maras celebrada el 27 de diciembre de 1978 (9), semanas después de que el proyecto constitucional hubiese recibido la aprobación popular. Entonces, por cierto, la sanción no era un acto debido (10), salvo, según entiendo, cuando el proyecto de ley hubiera sido sometido a referéndum nacional (cfr. art. 5 LRP).

B) Particularmente incitadora al debate es la opinión de Manuel Aragón de que la ausencia de límites materiales de la reforma constitucional por el método del art. 168 CE «impide que en nuestro ordenamiento puedan proscribirse ideologías, ya que no pueden declararse ilícitas pretensiones cuya consecución sería lícita. O en otras palabras, todos los fines están permitidos, siempre que se propugnen por vías pacíficas, esto es, a través de los procedimientos que el propio ordenamiento ha previsto para conseguirlos (...)» (págs. 200-201).

El tema que plantea la rotunda afirmación del profesor Aragón resulta crucial. ¿Habría, pues, que considerar inconstitucionales las proscripciones de ideologías o asociaciones contrarias a los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que proclama el art. 1.1 CE o atentatorias a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, que el art. 10.1 CE declara como fundamento del orden político y de la paz social? El art. 607.2 del Código Penal, que sanciona «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen» los delitos de genocidio «o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos», ¿es, por tanto, contrario a la Constitución? El Tribunal Constitucional nos lo aclarará, porque, si no estoy mal informado, ha de resolver una cuestión de inconstitucionalidad promovida en relación con dicho precepto punitivo. Ahora bien, en mi opinión, la tutela penal de los derechos fundamentales no supone un caso de «democracia militante» opuesta a la libertad de cambio constitucional que el art. 168 CE garantiza.

Esa libertad de cambio, por otra parte, ¿resulta tan absoluta como solemos afirmar? ¿Debemos rechazar tajantemente la idea de un límite implícito a la reforma de la Constitución consistente en la supresión de la democracia pluralista, que es la base de sustentación del edificio constitucional? Ignacio de Otto intentó dar a esta cuestión una respuesta en el plano lógico. «Si la democracia está esencialmente vinculada al pluralismo —escribió—, está claro que se excluye la posibilidad de aplicar los métodos democráticos a su supresión, esto es, que tal supresión no podría llamarse decisión democrática» (11). Responder en términos lógicos no es, desde luego, hacerlo en términos jurídico-positivos, pero refuerza, de todos modos, la legitimidad de las interrogaciones planteadas.

(9) Cfr. *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, tomo IV, Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, págs. 4993 y ss. El Rey menciona dos veces en su discurso el acto de sanción que acaba de realizar (cfr. *ibidem*, pág. 4998).

(10) Véanse los arts. 16 y 17 de la Ley Constitutiva de las Cortes de 1942 y el art. 10.b) de la Ley Orgánica del Estado de 1967.

(11) Ob. cit., pág. 65.

7. En el estudio titulado *La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución* —uno de los mejores del libro del profesor Aragón y también uno de los más expresivos de las preocupaciones actuales de nuestros constitucionalistas, como asimismo de las de los constitucionalistas europeos—, reflexiona su autor, principalmente al hilo de la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, sobre los problemas de la integración europea desde la óptica del Derecho Constitucional. Problemas que cada vez más han de ser objeto de la atención de los cultivadores de tal disciplina jurídica. En la conclusión de su trabajo Aragón ve la situación de este modo: «Las enfáticas declaraciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad acerca del carácter irreversible de la cesión de competencias por los Estados miembros, y de la incondicionada primacía del Derecho comunitario sobre las normas de producción interna (incluidas las normas constitucionales)..., no podían servir para ocultar la realidad que los tribunales constitucionales español, francés y alemán han puesto de manifiesto: que mientras Europa sea una unión de Estados soberanos y no una federación, la validez del Derecho comunitario en los países europeos se fundamenta, en último término, en la Constitución de cada uno de ellos». Y, en fin, «puede decirse... que ha llegado la hora del constitucionalismo en el proceso de integración europea, o con otras palabras, que el Derecho comunitario ya no puede seguir avanzando sin la ayuda del Derecho Constitucional» (pág. 221).

Pues bien: el aspecto que más me importa destacar de todos cuantos sugiere la lectura del trabajo de Aragón es justamente el de la soberanía de los Estados miembros de la Unión Europea. O sea, en el curso del proceso integrador, en el cual las sucesivas modificaciones de los Tratados constitutivos van incrementando el grado de *confederalización* al añadir nuevas competencias al acervo de las que ya poseen las instituciones de la Unión, ¿cómo se ve afectada la soberanía estatal? Y sobre todo: si la confederalización citada ha de experimentar algún día una transformación cualitativa, ¿en qué circunstancia nos será permitido afirmar que la soberanía estatal se ha extinguido? En definitiva, ¿cuándo «muere» la soberanía?

A) Por descontado, atender a tales cuestiones de manera adecuada resulta aquí imposible. Hay algo, no obstante, que, a mi juicio, debe rechazarse sin más: el que la extensión del derecho de sufragio activo y pasivo a los extranjeros (comunitarios o no) afecte lo más mínimo a la soberanía nacional. Empero, así parece creerlo el Tribunal Constitucional cuando, en su aludida Declaración de 1992, afirma que «la atribución a quienes no son nacionales del derecho de sufragio en elecciones a órganos representativos sólo podría ser controvertida, a la luz de aquel enunciado constitucional [el del art. 1.2 CE], si tales órganos fueran de aquellos que ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía» [FJ 3.º C)].

También Aragón se mueve en la misma línea de pensamiento. Primero, cuando sostiene que el art. 11.1 CE «no deja... en manos del legislador, con absoluta libertad, la definición de cuáles son nacionales y cuáles extranjeros, ya que eso... significaría apoderar sin límites al legislador para atribuir como quiera la soberanía, es de-

cir, para configurar a su antojo al propio poder soberano, con lo cual el poder constituyente quedaría enteramente sometido al poder constituido...» (pág. 207). Y segundo, cuando, más rigurosamente aún que el TC, advierte que en los casos de ciudadanos no comunitarios «no sería nada irrazonable plantearse el problema de si la ampliación del derecho de sufragio pasivo [en las elecciones municipales] afecta a la soberanía nacional» (pág. 215).

Sin embargo, la soberanía nacional no es la soberanía del Estado, ni el pueblo a quien la Constitución atribuye la soberanía nacional resulta ser la «población» española, ni tampoco podemos considerar soberano a cualquiera de los cuerpos electorales instituidos por nuestro ordenamiento (12). La ampliación de tales órganos colectivos o la extensión del derecho de sufragio pasivo a consecuencia de las sucesivas etapas del proceso de integración europea o por otras razones —como la eventual existencia entre nosotros de una numerosa población inmigrante a la que se deseara incorporar total o parcialmente a la vida política del país— habría de precisar, desde luego, caso de tratarse de los cuerpos electorales estatal y autonómicos, la reforma del art. 13.2 de la CE. Pero el pueblo español en modo alguno dejaría de ostentar la soberanía nacional o vería afectada esa condición soberana, que la Constitución proclama en el art. 1.2, porque ciudadanos extranjeros residentes en España accedieran a la titularidad de los derechos políticos reconocidos en el art. 23 del texto constitucional.

B) Lo que sí afecta a la soberanía —estatal, no nacional— es, en cambio, la cuestión de los límites de las transferencias competenciales a las instituciones de la Unión Europea. A este respecto, escribe Aragón —siguiendo la doctrina de la Declaración del TC de 1992 (cfr. FJ 4.^o), pero añadiendo también nuevos y pertinentes matices e interrogantes— que «mediante las operaciones de transferencia se pueden trasladar competencias de los poderes constituidos, no del poder constituyente. Tanto las normas estructurales sobre existencia y composición de órganos como las normas materiales sobre valores, principios, derechos y obligaciones que la Constitución contiene (y no sólo, pues, los principios y valores fundamentales, como incorrectamente sostienen algunos) quedan fuera del ámbito de aplicación de las reglas constitucionales sobre traspaso de competencias: su alteración sólo podría producirse mediante la reforma de la Constitución» (pág. 210). Más adelante insiste: «pueden transmitirse competencias legislativas, ejecutivas y judiciales, pero no, claro está, la competencia de reformar la propia Constitución...» (pág. 212). Ahora bien, «cabe preguntarse —prosigue diciendo— si, reducida la capacidad de transferir al ámbito de competencias propias de los poderes constituidos, dicha capacidad es ilimitada» (*ibidem*). Más aún: ¿cuáles serían los límites a la reforma de la Constitución cuando esa reforma tuviera por objeto la integración en una entidad supranacional? Aunque «entre nosotros podría entenderse, a primera vista, que el problema es in-

(12) Véase al respecto R. PUNSET: «En el Estado constitucional hay soberano...», ob. cit., págs. 344 y ss. *et passim*.

existente en la medida en que nuestra Constitución no pone límites a su reforma por la vía del artículo 168», «el asunto no es tan simple» (pág. 213).

A algunos de tales interrogantes ofrece respuesta el profesor Aragón. Así, sostiene, en primer lugar, que «la Constitución impone límites a la capacidad de transferir [ex art. 93] en función del desarrollo institucional de la Comunidad a la que se transfiere». Quiere decir con ello, de acuerdo con lo afirmado por el Tribunal Constitucional alemán en su Sentencia de 12 de octubre de 1993, que «la extensión de la competencia de la Comunidad Europea encuentra un límite en el principio democrático, ya que, en la medida en que la participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder de la Comunidad no opera a través del Parlamento Europeo (dadas sus escasas competencias), sino de los Parlamentos nacionales, un vaciamiento de los poderes de éstos supondría también vaciar de contenido el principio de legitimación del poder en que la Constitución se asienta» (pág. 217).

En segundo lugar, atendiendo a la doctrina del TC español contenida en la Declaración de 1992, «que establece, muy correctamente, la distinción, de un lado, entre traspaso de titularidad (no permitido) y traspaso de ejercicio (permitido), y de otro, entre transferencia de competencias “constituidas” (permitida) y transferencia de competencias “constituyentes” (no permitida), la posibilidad de transferir dentro de ese marco, pero ilimitadamente, parece muy difícil de aceptar, ya que presupondría la capacidad de transformación de nuestro Estado (sin reforma de la Constitución) en una entidad, que seguiría siendo estatal, pero que estaría vacía prácticamente de poderes, y la correspondiente capacidad de transformación de la Unión Europea (también sin reforma de nuestra Constitución) en un Estado federal “de facto” aunque no fuese “de iure”. Creo —opina Aragón— que tales transformaciones sólo podrían ser producto del ejercicio de un poder constituyente que, por principio, está prohibido transferir por el art. 93 [de la CE], puesto que requeriría la reforma expresa de nuestra Constitución. El problema es delicado y en tal sentido me parece que no cabe sostener que esté resuelto en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional que se contiene en su Declaración de 1 de julio de 1992» (págs. 217-218).

C) A mi juicio, invocar el principio democrático como límite de las transferencias que cabe efectuar a la Comunidad Europea por la vía prevista en el art. 93 CE confunde, más que aclara, la verdadera naturaleza del problema que suscita semejante proceso de atribución del ejercicio de competencias constitucionales. Problema que no es otro que el de saber si resulta lícito acudir en ese caso al empleo de un concepto sustancial de soberanía estatal, esto es, a la idea de un núcleo intangible o indisponible de poderes del Estado que operarían como las *vraies marques de la souveraineté*, por decirlo con el lenguaje de Bodino. Además, si bien el principio democrático proclamado en la Constitución exige, ciertamente, la participación, directa o indirecta, de nuestros ciudadanos políticamente activos en la creación del derecho que les es de aplicación, dicha participación existe en el supuesto del Derecho comunitario europeo en la medida congruente con la índole confederal de la Unión, organización que no se rige por normas de carácter constitucional, sino internacional. Así, son las Cortes Generales, órgano representativo, quienes autorizan una ce-

sión que ha de instrumentarse a través de un tratado internacional; y es el Gobierno español —órgano asimismo representativo en cuanto necesariamente dotado de la confianza parlamentaria y a quien constitucionalmente compete la dirección de la política exterior— el que forma parte de las instituciones supremas de la Comunidad Europea. El menor peso institucional del Parlamento Europeo en el seno de dicha Comunidad se corresponde, pues, con el carácter de ésta y únicamente se alterará cuando la misma deje de ser una asociación de Estados soberanos —en la que el poder más alto reside en los órganos que integran a los representantes (obviamente gubernamentales) de los Estados miembros— para devenir una Federación regida por una Constitución común. Donde, mientras tanto, incide de verdad el principio democrático es en el *iter* formativo de la voluntad estatal respecto de los asuntos europeos. Suscribo por ello la opinión del profesor Aragón cuando sostiene que «la vigencia del principio democrático y del principio autonómico... impone que, mediante medidas de Derecho interno (legislación y reglamentos de las Cámaras), se establezcan los mecanismos que garanticen la participación de las Cortes Generales y de las Comunidades Autónomas en la adopción de actos comunitarios por el Gobierno español» (pág. 218).

En cuanto a los demás interrogantes, mi criterio acerca de estas difíciles y debatidas cuestiones parte, en primer término, de la doctrina sustentada por nuestro Tribunal Constitucional en su Declaración de 1992, de acuerdo con la cual resulta bien claro lo único que, a través del mecanismo de la ley orgánica del art. 93 CE, puede legítimamente hacerse: atribuir el ejercicio de «competencias» derivadas de la Constitución, no transferir su titularidad, ni efectuar reformas constitucionales de ninguna clase, ni, en fin, ceder la potestad de realizar tales reformas (cfr. FJ 4.º). Lógicamente, la transferencia del ejercicio de competencias constitucionales a la Unión Europea implica una correlativa disminución de las que corresponde ejercer al Estado español. ¿Hasta dónde cabe llegar en ese proceso? Semejante pregunta equivale a inquirirse por el momento en que, dadas la entidad o naturaleza de las competencias cuyo ejercicio se ha atribuido, inherentes al Estado como fenómeno histórico, desaparece la sustancia de la soberanía estatal, que se pretende vincular de modo indisoluble con determinadas potestades o «marcas».

Esa pregunta, sin embargo, por lo que respecta a las transferencias *ex* art. 93 CE, sólo puede responderse en el sentido de que la Constitución no ha establecido límite material alguno al propósito, como, en cambio, ha hecho en el supuesto de transmisión a las Comunidades Autónomas de «facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación» (art. 150.2), donde me parece que el constituyente ha tenido en cuenta la preservación de las *marques de la souveraineté* (aunque en favor, por cierto, de los órganos «generales» del Estado, tal y como ocurría con la Corona en los orígenes de la teoría de la soberanía).

Así las cosas, la importancia o trascendencia de la competencia a transferir de ninguna manera requiere, ni permite, el recurso al poder constituyente constituido si la transferencia no supone la reforma de la Constitución. Esta reforma, a su vez,

puede tener lugar en el proceso de construcción europea por dos tipos de razones. Primera, porque la organización constitucional de los Estados miembros o las normas sustantivas de sus Constituciones hayan de verse alteradas en el curso de tal proceso, bien de acuerdo con lo previsto en nuevos proyectos de Tratados, bien por aplicación de los Tratados vigentes. No resulta inimaginable, en efecto, que, más allá de la mera transferencia del «ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» —esto es, de potestades incardinadas en las distintas funciones constitucionales de legislación, ejecución y jurisdicción—, se requiera, en determinado sector de la organización estatal, alguna clase de modificación destinada a producir un mayor grado de vinculación institucional entre la Unión Europea y los Estados que la integran, sin que ello conlleve alteración de la naturaleza de los lazos existentes entre aquélla y éstos. De otra parte, también es posible que preceptos constitucionales de carácter sustantivo deban reajustar su contenido antes de que un nuevo Tratado pueda celebrarse (y así ha sucedido en el caso del Tratado de Maastricht), o incluso (y esto es sumamente interesante y significativo) que la reforma de la Constitución deba llevarse a cabo por exigencias de la aplicación del Derecho Comunitario (13).

La segunda circunstancia en la que, en el proceso de construcción europea, sería exigible la reforma constitucional se produciría cuando la soberanía del Estado entendida como cualidad formal de su ordenamiento llegara a verse afectada, lo que sólo ocurriría si el sistema normativo del Estado español fuera a perder su originalidad, su validez *a se*. Esto es lo que sucedería si la Unión Europea se convirtiera en una Federación de Estados, cuyas Constituciones necesariamente habrían de acomodarse sin libertad alguna a las prescripciones de la Constitución federal. La renuncia a la estatalidad soberana, como último acto de soberanía estatal, precisaría, por tanto, la reforma constitucional.

8. Me referiré, por último, a los estudios titulados *La reforma de los Estatutos de Autonomía* y *El Estado autonómico: ¿modelo indefinido o modelo inacabado?*

(13) Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 11 de enero de 2000 (*caso Kreil*), dictada en una cuestión prejudicial suscitada en el marco de un litigio entre la señora Kreil y la República Federal de Alemania, con motivo de la denegación de solicitud de alistamiento de la interesada en la *Bundeswehr* para ocupar un empleo en el servicio de mantenimiento (electromecánica de armas), declaró lo siguiente: «La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se opone a la aplicación de disposiciones nacionales, como las del Derecho alemán, que, de manera general, excluyen a las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas y que sólo autorizan su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar.» Es importante destacar que en sus alegaciones el Gobierno alemán había aducido que las disposiciones controvertidas (Ley del Personal Militar y Reglamento de la Carrera Militar) «son conformes a la norma constitucional que prohíbe a las mujeres prestar un servicio con armas» (apartado 12 de la citada Sentencia). Acerca de la necesidad de modificar dicha norma, el art. 12.a) de la Ley Fundamental de Bonn, véanse las opiniones recogidas en la información titulada «La Corte europea obliga a Alemania a admitir a las mujeres en servicios armados del Ejército. Los partidos aceptan cambiar el artículo de la Constitución que impone la discriminación» (*El País*, 12 de enero de 2000).

De estos enjundiosos trabajos, que se ocupan del tema quizá más importante de nuestro Derecho Constitucional, como es el de la estructura territorial del Estado español —aquel, seguramente, en el que nuestra doctrina ha podido realizar aportaciones más valiosas al Derecho Constitucional comparado—, resaltaré el modo en que Aragón establece la conexión entre la naturaleza de las normas estatutarias y la índole de la forma estatal.

Aragón considera que la especialísima proximidad a la Constitución de los Estatutos de Autonomía «no significa únicamente que formen parte del “bloque de constitucionalidad” por ser normas atributivas de competencia (...), sino también algo más profundo: que componen, conjuntamente con el texto de la misma Constitución, lo que podría llamarse “Constitución territorial” del Estado (...). Así, en nuestro ordenamiento cabría distinguir un “bloque constitucional” de composición más restringida que el “bloque de constitucionalidad”». Prosigue diciendo el profesor Aragón que «el “bloque constitucional” (u “ordenamiento constitucional”, y aquí podría encontrar sentido la locución empleada en el art. 8 CE) no puede caracterizarse sólo por la materia que regula (...), sino también por la posición que en el ordenamiento ocupa. A diferencia del resto de las normas del Estado (incluidas algunas que, como las previstas en el art. 150 CE, integran el bloque de constitucionalidad), las que componen el “bloque constitucional” se caracterizan porque son indisponibles por el propio Estado de manera ordinaria, esto es, en ejercicio de la potestad legislativa de las Cortes Generales. El Estado sólo puede alterarlas, unilateralmente, mediante la reforma constitucional, lo que significa, en consecuencia, que todo ese “bloque” goza de superior jerarquía que el resto de las leyes. En resumen, el “bloque constitucional” está integrado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía» (págs. 406-407).

Según Aragón, aunque los Estatutos no sean en nuestro ordenamiento leyes constitucionales en sentido estricto, y esté sumamente clara su subordinación a la Constitución, son, sin embargo, leyes que han de gozar de aquello que caracteriza a la Constitución: su superior jerarquía sobre todas las leyes, incluidas las demás leyes orgánicas. El único modo —insiste— que el Estado tiene de producir, unilateralmente, la modificación estatutaria (posibilidad que impone el principio de soberanía) es el mismo y extraordinario que existe para modificar la Norma Suprema: la reforma constitucional (cfr. págs. 407-408).

En el segundo de los artículos mencionados, continúa Aragón reflexionando sobre la posición de los Estatutos de Autonomía, los cuales —escribe— «hacen mucho más de lo que las Constituciones de los Estados miembros de una federación pueden hacer, esto es, aquello que sólo la Constitución nacional (en las federaciones) o las leyes constitucionales (en el Estado regional italiano, por ejemplo) pueden determinar: el ejercicio de la competencia de las competencias, al fijar la distribución territorial del poder» (pág. 418). «Los Estatutos, continúa diciendo más adelante, son leyes del Estado, pero, como la Constitución, del Estado global, no del Estado “central” o general. El poder legislativo estatal no puede disponer de ellos unilateralmente. Están sustraídos, de ese modo, al poder “constituido”. Más aún, en

cuanto que el derecho a la autonomía garantizado en el artículo 2 de la Constitución no es sólo el derecho a acceder a ella sino también el derecho a conservarla, habría que admitir que el contenido esencial o nuclear de los Estatutos no es ni siquiera disponible a través de la reforma constitucional por la vía del artículo 167, ya que entonces se “afectaría” al artículo 2, cuya modificación está reservada al procedimiento del artículo 168 de la Constitución» (pág. 420).

Concluyo aquí las citas, como resulta ya forzoso aunque el asunto sea apasionante, y sobre la base de las mismas haré sólo unas breves consideraciones.

A) Obsérvese que el profesor Aragón, a pesar de incluir a los Estatutos de Autonomía dentro de lo que denomina «bloque constitucional» y de defender su superior jerarquía respecto de las demás leyes, en ningún momento los califica de *normas materialmente constitucionales*, eludiendo el empleo de una expresión impropia —pero no del todo inusual en la doctrina— cuando existe una Constitución formal normativa, en relación con la cual todas las restantes normas son, por definición, no constitucionales, es decir, no supremas. La subordinación de los Estatutos a la Constitución es, pues, indudable y así se encargan de disponerlo específicamente los arts. 147.1 y 2.d) CE y 27.2.a) y 28.1 LOTC y de proclamarlo de modo constante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (14).

B) Los Estatutos de Autonomía son, por tanto, disposiciones infraconstitucionales. Esto no le ofrece duda alguna a Aragón, según se ha visto. Ahora bien, la especial rigidez de los Estatutos le hace defender la tesis de su mayor rango con relación a las restantes leyes. Yo no comparto tal opinión y, siguiendo en ello a De Otto, entiendo, por una parte, que jerarquía formal y rigidez no son conceptos idénticos (15). Por otra, no todas las normas estatutarias poseen el mismo régimen de fuerza pasiva: de ahí que la rigidez de los Estatutos tenga que predicarse únicamente de aquellas de sus disposiciones pertenecientes a la materia objeto de reserva estatutaria. Y, en fin, dicha reserva no implica ninguna superioridad jerárquica sobre las otras leyes, sino empleo de la técnica de distribución de materias que la reserva conlleva (16). La subordinación de los Estatutos a la Constitución y su equiparación jerárquica a las otras leyes no menoscaba, sin embargo, la utilidad de la distinción propuesta por Aragón entre bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad. Por el contrario, semejante distinción probablemente permita destacar mejor la es-

(14) «Como reiteradamente tiene declarado este Tribunal —se dice, v. gr., en la STC 163/1994 (FJ 3.º)—, la calificación jurídica y el alcance de las competencias de las Comunidades Autónomas no puede hacerse derivar únicamente de una lectura aislada de la denominación que reciben en los textos estatutarios sino de una interpretación sistemática de todo el bloque de la constitucionalidad, dentro del cual la Constitución “conserva intacta su fuerza normativa dominante como *lex superior* de todo el ordenamiento, fuerza normativa que no se agota ni disminuye con la promulgación de los Estatutos de Autonomía, cuyos preceptos, por más que califiquen como exclusiva la competencia asumida *ratione materiae*, no pueden oponerse a las normas constitucionales que, en su caso, reconozcan al Estado títulos competenciales sobre esa misma materia” (STC 20/1988).»

(15) Cfr. DE OTTO: ob. cit., págs. 62-63.

(16) Cfr. DE OTTO: *ibidem*, págs. 268-270.

pecificidad del Estado autonómico frente a la Federación de Estados, en la cual sólo la Constitución federal efectúa la distribución territorial de competencias. Esa asimilación *funcional* entre Estatutos de Autonomía y Constitución, complementada con la idea de la indisponibilidad de la reforma estatutaria por el legislador estatal ordinario, es lo que sirve de soporte a la diferenciación señalada. Ciertamente que los Estatutos no son las únicas normas de atribución competencial y que existen además normas estatales delimitadoras o armonizadoras del ejercicio de las competencias autonómicas. Pero también lo es que los Estatutos son, de acuerdo con la Constitución, las normas atributivas propiamente dichas (y por eso de existencia necesariamente previa a las de delimitación, atribución extraestatutaria y armonización) y que sólo ellas resultan intangibles por la voluntad unilateral del legislador no constituyente.

En todo caso, si, dentro de las condiciones indicadas, cabe hablar de un «bloque constitucional», este concepto no debiera abandonar su finalidad taxonómica en el plano de la estructura territorial del Estado para, ya en un ámbito completamente distinto, identificarse con la expresión «ordenamiento constitucional» que utiliza el art. 8.1 CE. En realidad, la interpretación más adecuada de esta expresión ni siquiera autoriza a hacerla sinónima de la totalidad de los preceptos constitucionales, sino que, habida cuenta de que la garantía del ordenamiento constitucional por las Fuerzas Armadas sólo puede tener lugar en el supuesto de declaración del estado de sitio (17), tal ordenamiento debe reducirse, a estos efectos, a los aspectos básicos de la organización constitucional, a aquellos, pues, que configuran nuclearmente la forma de Estado y la forma de gobierno.

9. Termino mi ya larga recensión. Además de las páginas de la presente compilación, Manuel Aragón ha escrito muchas otras al servicio de la creación de la Ciencia española del Derecho Constitucional. Posce, por tanto, una obra amplia y valiosa como iusconstitucionalista. Ahora bien, estos *Estudios de Derecho Constitucional*, publicados a lo largo del período 1978-1998 y reunidos luego en el libro que he venido comentando, son también, debido a su seriación cronológica, algo más. Se trata, en suma, de las «Memorias» doctrinales de un empeño científico común, de un intenso esfuerzo colectivo de veinte años en el cual me reconozco y con cuyos objetivos me identifico.

(17) Y, por consiguiente, «cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza» contra el citado ordenamiento (véanse los arts. 32 y ss. de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio).

